Das konsensuale Darlehen

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Eugen Ludwig

Gerichtsreferendar aus Marktheidenfeld.

1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Referent: Geh.-Rat Professor Dr. K r e ß.

Meinen lieben Eltern,
meiner lieben Braut
und dem Andenken
ihres sehr verehrten Vaters
gewidmet.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

I. *A) Vorwort* 1

B) Der Streit um die Rechtsnatur des Darlehensvertrages . . 1

C) Realvertrag, Versprechensvertrag, Vorvertrag 1

a) Realvertrag und Versprechensvertrag 2

b) Der Vorvertrag 2

c) Ein Vorvertrag ist zu Real- und Versprechensverträgen möglich 3

D) Die benannten Realkontrakte im römischen Recht und ihre Ausstrahlung auf das deutsche Recht 4

E) Die Darlehensrealkontraktstheoretiker und die Auseinandersetzung mit ihnen 5

F) Die Konsensualkontraktstheoretiker 13

G) Das Darlehensversprechen des Verkehrs 14

II. Die Bedeutung der gewonnenen Erkenntnis für die Praxis 16

A) Abtretung 17

a) Der Konsensualvertrag 17

b) Der Vorvertrag 17

B) Pfändung 23

a) Der Konsensualvertrag 23

b) Der Vorvertrag 23

C) Verpfändung 25

D) Aufrechnung 25

a) Der Konsensualvertrag 25

b) Der Vorvertrag 26

E) Holschuld oder Schickschuld? 26

a) Der Konsensualvertrag 26

b) Der Vorvertrag 27

F) Mäklerlohn 28

G) Urkundenprozeß. Vollstreckbare Urkunde. Klagestellung . . 28

H) Leistung durch Dritte 29

J) Vererbung 30

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549822_0270

Schrifttumsverzeichnis und Abkürzungen.

I.

Adler: „Realkontrakt und Vorvertrag" in Ihering Bd. 31 S. 190 ff.
Affolter: „Das verzinsliche Darlehen". Arch. Bürg. R. Bd. 26 S. 1 ff.
Bechmann I: „Geschichte des Kaufs im römischen Recht". Erlangen 1876.
Bechmann II: „System des Kaufs nach Gemeinem Recht". Erlangen 1884.
Bekker: „Pandektenrecht". Weimar 1889.
Blum: „Darlehen und Darlehensvorvertrag". Dissertation, Erlangen 1911.
Boehmer: „Realverträge im heutigen Recht". Arch. Bürg. R. Bd. 38 S. 314 ff.
Bruns: Abhandlung in Holtzendorffs Enzyklopädie III, 1 (1882).
Brütt: „Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht". Berlin 1908.
Cohn: Abhandlung in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, III (1885).
Collatz: „Zur Theorie der Realgeschäfte und der ungerechtfertigten Bereicherung". Berlin 1911.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Band, 7. Aufl. Jena 1922.
Crome: „System des deutschen Bürgerlichen Rechts", 2. Bd., Tübingen und Leipzig 1902.
Degenkolb: „Zur Lehre vom Vorvertrag". Arch. ziv. Prax. Bd. 71.
Dernburg: „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens". 2. Bd., 2, Abt., 3. Aufl. Halle 1906.
Eck-Leonhard: „Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches". 1. und 2. Aufl. Berlin 1903.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 9. Aufl. (1903).
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I, 2. 15.—17. Aufl. Marburg 1922.
Gierke: „Deutsches Privatrecht". 3. Bd. München u. Leipzig 1917.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Heimbach: „Die Lehre vom Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten". Leipzig 1849.
Hohenstein: „Zur Darlehenslehre nach BGB". Dissertation, Erlangen 1907.
Hoeninger: „Zum Vereinbarungsdarlehen". Arch.Bürg.R. Bd. 33.
Huschke: „Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehen". Stuttgart 1882.
Kinne: „Der contractus mohatrae". Gruchot Bd. 56.
Kohler: Lehrbuch des Bürg. Rechts, 2. Bd., 1. Teil, Berlin 1906.
— Ges. A.: Gesammelte Abhandlungen. Mannheim 1883.
Krahmer: „Der Darlehensbegriff des bürg. Gesetzbuches". Dissertation, Halle 1900.
Kreß I: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Kreß II: Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts. München-Berlin 1934.
Kuhlenbeck: „Das Darlehen". JW 1904 S. 377 ff.
Lammfromm: „Teilung, Darlehen . . ." (Leipzig 1897),
Leonhard: „Erfüllungsort und Schuldort". Berlin 1907.
Lübbert: „Der Kreditvertrag". Ihering Bd. 16 (Dogm. Jahrb. Bd. 52) S. 313 ff.
Manigk: „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechstgeschäfte". Brelau 1901.
Regelsberger: Nachschrift zu Lübbert in Jhering Bd. 16 (Dogm. Jahrb. Bd. 52) S. 410 ff.
— in End.: im Handbuch des deutschen Handels, See- und Wechselsrechts von Endemann, 2. Bd. Leipzig 1882.
Reichel: „Die Mäklerprovision". (1913).
— in Leiz. Z.: „Annahmeverweigerung des Darlehnsnehmers". Leipz. Z. f. deutsches Recht, 1915, S. 1207 ff.

Schey: „Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts". I. Bd., 1. Heft (Wien 1890).
Schloßmann: „Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte". Jhering Bd. 45 S. 1 ff.
Schöninger: „Die Leistungsgeschäfte des bürgerl. Rechts". Tübingen 1906.
Siber: „Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit". Jhering Bd. 70 S. 223 ff.
Sohm: „Institutionen". 11. Aufl., Leipzig 1903.
Sternberg: Abhandlung in Jhering, Bd. 62 S. 395 ff.
Stintzing: „Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse". Jena 1903.
Stölzel: „Schulung für die zivilistische Praxis". I. Teil, 9. Aufl. (1913).
von Tuhr: Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts. II, 1 (1914).
Unger: „Realkontrakte im heutigen Recht". Jhering Bd. 8 S. 1 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd. (1875).
Wüstendörfer: „Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt". Arch. ziv. Prax. Bd. 110 S. 236 ff.

II.

Oertmann: Kommentar zum BGB, 5. Aufl., Berlin 1928.
Planck: Kommentar zum BGB, 4. Aufl.
RGR: Kommentar der Reichsgerichtsräte. 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
Türcke-Niedenführ: T. N. Winter, „Das bürg. Recht für den Handgebrauch in der Praxis". 2. Aufl., Berlin 1905.
Schollmeyer: Kommentar zum BGB (1900).
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl. (1930).
Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. 12./13. Aufl. 1926.
Sydow-Busch: Kommentar zur ZPO. 21. Aufl., Berlin und Leipzig 1935.

III.

Arch.Bürg.R.	=	Archiv für bürgerliches Recht.
Arch.ziv.Prax.:	=	Archiv für die zivilistische Praxis.
Dogm.J.	=	Dogmatisches Jahrbuch.
Gruchot	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts von Gruchot.
Höchstrichterliche Rechtsprechung	=	H. R., Ergänzungsblatt zur „Deutschen Justiz" und zur „Amtlichen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen", herausgegeben von Eugen Friedrichs, Hans Gündel, Eberhard Staud.
Jhering	=	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Jhering.
JW	=	Juristische Wochenschrift.
Leipz.Z.	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Mot.	=	Motive des BGB.
Mugdan-Falkmann	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
OLG	=	Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Prot.	=	Protokolle des BGB.
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Juristisches Zentralblatt für den Praktiker) von Soergel.
RG	=	Entscheidungen des Reichsgerichts.
Seuff.A.	=	Seufferts Archiv.
Warneyer	=	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen (Ergänzungsband).

I.

A. Vorwort.

Seit vielen Jahrzehnten tobt um den Darlehensvertrag ein heftiger Streit. Eine Unsumme von Schriftstellern hat hierzu einen Beitrag geliefert und zahlreiche Gerichte haben sich mit den vertretenen Anschauungen befassen müssen. Nirgends im gesamten bürgerlichen Recht findet sich ein Vertrag, der so umkämpft worden ist wie dieser. Hier nahm die Polemik die krassesten und unschönsten Formen an. Beinahe jede auftauchende Rechtsfrage ist bestritten und findet die verschiedensten Lösungen.

In der jüngsten Zeit ist es um das Darlehen ruhiger geworden. Die Kohlersche Schule hat sich am weitesten von der starren, römisch-rechtlichen Betrachtungsweise entfernt und hat die modernen Rechtsanschauungen auch auf das Kreditgeschäft angewandt. Sie ist damit in jeder Beziehung auf geradem Wege zu brauchbaren Ergebnissen gelangt und hat deshalb ständig ihre Anhängerschaft vergrößert. Und so scheint sicher zur Freude eines jeden, der sich einmal durch den Wirrwarr der vertretenen Ansichten hindurcharbeiten mußte, der Tag immer näher zu kommen, an dem auch auf diesem Gebiet Klarheit und damit e i n e Anschauung herrschen wird.

B.

Der Kern jeglichen Streites liegt in folgenden Fragen:

Ist der Darlehnsvertrag ein Realkontrakt und zwar einer im römisch-rechtlichen Sinne?

Ist das angenommene Kreditversprechen demgemäß ein Vorvertrag oder ist es bereits ein Darlehensvertrag?

Kann es überhaupt je ein Darlehensvertrag sein?

Ist der Vorvertrag schon dasselbe wie der Hauptvertrag oder kann er zum mindesten diesem gleichgesetzt werden?

C.

Bevor man an die Untersuchung dieser Fragen gehen kann, ist es nötig, daß man sich über die Begriffe Realvertrag, Versprechensvertrag

und Vorvertrag volle Klarheit verschafft. Denn nur zu oft sind sich die Geister in der Sache einig und kämpfen einen nutzlosen Streit um Worte.

a)

Der Realvertrag ist ein Vertrag,, der an einen Gegenstand, eine res, anknüpft. Nach dem Willen der Parteien sollen die rechtsgeschäftlichen Erklärungen nur in Verbindung mit einer res das Rechtsgeschäft begründen, also rechtliche Wirkungen hervorrufen. Ohne res sollen die Willenserklärungen auch ohne Wirkung sein.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Geschäfte des Altertums zu Beginn einer Rechtsentwicklung Realgeschäfte waren. Denn hier hatte jeder gleich das, was er wünschte. Hier bedurfte es keiner großen Rechtssicherheit und keiner Möglichkeit einer geordneten Zwangsvollstreckung. Erst eine sich höher entwickelnde Menschheit, die einen größeren Bedarf und infolgedessen einen größeren Güteraustausch mit sich brachte, konnte dazu komemn, dem nackten rechtsgeschäftlichen Willen Rechtswirkungen zuzusprechen. Hier liegt die Geburtsstunde des Anspruchs und des Versprechensvertrages.

Der Versprechensvertrag ist ein Vertrag, der durch die übereinstimmenden Willenserklärungen als solche zustande kommt. Die Rechtswirkungen (Ansprüche, Gestaltungsrechte) sind ohne res entstanden.

Hiermit ist die Einteilung der Verträge hinsichtlich des rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes erschöpft. Entweder wird ein Vertrag durch Willenserklärungen plus res oder durch Willenserklärungen allein geschaffen. Ein Drittes gibt es nicht[1]).

b)

Seit Thöl, auf den der Ausdruck „Vorvertrag" zurückgeht, und besonders seit Degenkolbs „Lehre vom Vorvertrag" spielen im deutschen Recht die pacta de contrahendo des römischen Rechts eine gewisse Rolle.

Ein Vorvertrag ist ein Vertrag, in dem sich die Parteien verpflichten, in Zukunft einen anderen Vertrag (den sogenannten Hauptvertrag) miteinander zu schließen[2]). Die Lehre vom Vorvertrag gehört also in die Lehre von den möglichen Gegenständen eines Vertrages[3]). Beim einseitigen Vorvertrag ist nur die eine Partei zum Vertragsschlusse verpflichtet. Die andere Partei hat sich eine Rechtsstellung

1) Die „gemischten Realkontrakte" sind keine neue Gruppe in dieser Einteilungsreihe. Sie entstehen auch in Anknüpfung an eine res.

2) Ein Vertrag, in dem sich einer verpflichtet, mit einem Dritten einen Vertrag zu schließen, hat ebensowenig etwas Besonderes an sich wie ein Vertrag, in dem jemand verspricht, einem Dritten die Schuhe zu putzen. Vgl. Stintzing S. 21; Kreß I S. 98.

3) So Degenkolb S. 51; Stintzing S. 8; vgl. auch Regelsberger in End. S. 420.

einräumen lassen ohne sich zu verpflichten[4]). Beim zweiseitigen Vorvertrag haben sich beide Parteien gegenseitig zum Abschluß des Hauptvertrages verpflichtet.

c)

In einem Vorvertrag kann sich jemand sowohl zum Abschluß eines Realvertrages als auch zum Abschluß eines Versprechensvertrages verpflichten. Das folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB), wonach man sich zu jedweder Leistung verpflichten kann, die nicht gegen die gesetzliche Form (§ 125 BGB), gegen ein Gesetz (§ 134 BGB), gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder gegen die Vorschriften über die Unmöglichkeit (§ 306 BGB) verstößt. Der moderne Verkehr kann gut ohne Vorverträge auskommen.

Für die Notwendigkeit eines zweiseitigen Vorvertrages zu einem Versprechensvertrage läßt sich überhaupt kein stichhaltiger Grund finden. Denn im Vorvertrag müssen, damit überhaupt ein Vertrag vorliegt, die Hauptverpflichtungen des zu schließenden Vertrages entweder schon bestimmt oder doch (nach §§ 315 ff. BGB) bestimmbar sein[5]). In diesem Rahmen könnte auch gleich der Hauptvertrag geschlossen werden. Dies hat manche zu der Behauptung veranlaßt, mit dem Abschluß des Vorvertrages sei schon der Hauptvertrag abgeschlossen[6]). Im wirtschaftlichen Ergebnis mag das richtig sein, weil die Parteien schließlich die Leistungen des Hauptvertrags erfüllen müssen. Aber sie haben sich noch einen Zwischenschritt freigelassen. Sie müssen erst noch diesen Hauptvertrag abschließen und sind erst dann zu den Leistungen, auf die es wirtschaftlich ankommt, verpflichtet. Die Einigung über den Zweck des Hauptvertrages ist noch hinausgeschoben, wenngleich auch die eine Partei oder beide Parteien zu dieser Einigung verpflichtet sind. So wird also mit zwei Schritten das erlangt, was mit einem erreicht werden könnte. Aber man kann daraus nicht folgern, daß der Umweg, weil er unnötig ist, auch rechtlich nicht zugelassen ist[7]). Ein Rechtsverkehr, der auf möglichst großer Vertragsfreiheit aufgebaut ist, läßt auch die Parteien einen Umweg einschlagen, wenn sie dies wün-

4) Der einseitige Vorvertrag hat gewisse Ähnlichkeit mit der bindenden Offerte (§ 148 BGB) und mit der vertragsmäßigen Einräumung eines Gestaltungsrechts zum Abschluß eines Vertrages Er muß jedoch davon unterschieden werden. Denn bei ihm ist mit der bloßen Erklärung, den Hauptvertrag zu wollen, dieser noch nicht zustande gekommen. Vielmehr muß der Verpflichtete zum Vertragsschlusse noch mitwirken.

5) Vgl. Bechmann II S. 273, Regelsberger in End. S. 418.

6) S. bei Degenkolb S. 52, 69, 70; Stintzing S. 11, 62; Schloßmann S. 89; Bechmann II S. 283.

7) S. Bechmann II S. 281, 283.

schen[8]). Er läßt jeden Vertrag sowohl als Realkontrakt als auch als Versprechensvertrag und Vorverträge zu diesen zu.

Diejenigen, die den Vorvertrag deshalb dem Hauptvertrag gleichsetzen, weil er die essentialia dieses Vertrages wenigstens bestimmbar enthalten muß, haben unrecht, weil sie den Willen der Parteien nicht beachten. Denn wenn zwei Personen erklären, in Zukunft einen Versprechensvertrag begründen zu wollen, dann erklären sie damit auch, jetzt diesen Versprechensvertrag noch nicht abschließen zu wollen[9]). Somit können ihre Erklärungen noch nicht als fertiger Hauptvertrag aufgefaßt werden.

D.

Im römischen Recht gab es vier Verträge, die nur real geschlossen werden konnten. Es waren dies die benannten Realkontrakte[10]), nämlich Leihe, Verwahrung, Darlehen und Pfandvertrag. Der Grund hierfür — wenigstens bezüglich der ersten drei Verträge — lag wohl in dem diesen Rechtsgeschäften eigenen Gefälligkeitscharakter[11]). der bis zu einem gewissen Grade in früheren Zeiten selbst bei Entgeltlichkeit gewahrt war. Deshalb betrachtete man das angenommene Versprechen nicht schon als fertigen Hauptvertrag, ja anfänglich sogar nicht einmal als rechtlich von irgendeiner Bedeutung[12]).

In der Pandektenwissenschaft, die vorwiegend von römischrechtlichen Konstruktionen und Gedanken beherrscht war, wurden Leihe, Verwahrung und Darlehen[13]) fast allgemein als Realkontrakte im römischrechtlichen Sinn aufgefaßt, d. h. diese Verträge konnten nicht nur real geschlossen werden, — was nichts Auffallendes wäre —, sondern mußten real geschlossen werden. Ein Versprechensvertrag war bei ihnen unmöglich. Sie waren notwendige Realkontrakte.

8) So auch Siber S. 249.

9) Ähnlich Degenkolb S. 22.

10) S. Schloßmann S. 40; Windscheid § 312 A. 4; Blum S. 9; Sohm § 79, § 79 A. 5; Kreß I S. 90. S. bez. des Darlehns auch Kinne S. 468; Lammfromm S. 174; Huschke S. 26 ff. und Hohenstein S. 32.

11) Hiezu Schloßmann S. 62 ff.; Collatz S. 18; Schey S. 19; Sohm S. 370. S. auch wegen des Einflusses des Vertrauens beim Darlehen Heimbach S. 204 Die Rechtsgeschäfte ohne Gefälligkeitscharakter bildeten sich eher zum Konsensualkontrakt fort, so der als emtio bezeichnete konsensuale Kauf (vgl. Bechmann I S. 26).

12) Das Darlehen entwickelte sich schon frühzeitig zum „Verbaldarlehen" weiter, das durch gegenseitige Stipulation zustande kam. Das Verbaldarlehen war aber rechtlich keineswegs ein Konsensualdarlehen, sondern ein Vorvertrag. Vgl. Kohler § 128 II, Kohler Ges.A. S. 47 f.; Kinne S. 468.

13) Das Pfandrecht ist ein absolutes Recht. Es wird in einem dinglichen Vertrag begründet und scheidet somit bei der Betrachtung der obligatorischen Rechtsgeschäfte aus.

Diese Anschauung hat sich bei vielen bis zum heutigen Tage erhalten. Nicht jeder Vertreter dieser Richtung betrachtet alle drei Verträge als notwendige Realkontrakte. Manche begnügen sich mit einem Vertrag, manche mit zweien in jedweder Mischung. Wenn man aber bei diesen Verträgen den Versprechen jedwede rechtliche Wirkung absprächе, so wäre das ein Stehenbleiben auf der Urstufe des Handgeschäfts, das zwar im modernen Verkehr noch möglich und nötig ist, das aber den verschiedenen Bedürfnissen eines entwickelten Verkehrs allein nie genügen kann. So mußten denn die Realkontraktstheoretiker, die unter keinen Umständen einen Konsensualkontrakt zulassen wollten, notwendigerweise auf das von den Römern ausgebildete Gebiet der Vorverträge gedrängt werden. Mit geklügelter Spitzfindigkeit erklärten sie, das angenommene Leistungsversprechen sei bei den „notwendigen" Realkontrakten nicht der fertige Vertrag, sondern ein Vorvertrag, der zum Abschluß des gewünschten Hauptvertrages (Realkontraktes) verpflichte. Hier konnte man dann die Leistung, wenn auch auf einem Umweg, schließlich dennoch auf Grund des Versprechens erlangen. Daß man sich aber da mit einem „kunstvollen Nachschlüssel die Tür öffnete, die man sich vorher mit dem Riegel des Realvertrages selbst verschlossen hatte"[14]), berührte nicht weiter. Derartige richtige Erwägungen, wie sie auch Schloßmann (S. 70) in dem Satz anstellt: „Zulassung eines bindenden Vorvertrags zu einem Realkontrakt ist gleichbedeutend mit dessen Anerkennung als Konsensualkontrakt", ließ man eben beiseite. Aber die Behauptung Schloßmanns (S. 90), bei Verneinung der Frage, ob ein Konsensualkontrakt zu einem benannten Realkontrakt des römischen Rechts möglich sei, müsse auch die Möglichkeit eines Vorvertrags zu ihm verneint werden, ist wahr und unwiderleglich.

Zu der erwähnten Ansicht soll bezüglich des Darlehens, und zwar nur des Gelddarlehens, weil dieses allein im Verkehr eine Rolle spielt, Stellung genommen werden.

E.

Im gemeinen Recht ist der Darlehensvertrag als (notwendiger) Realkontrakt behandelt worden[15]). Diese Betrachtungsweise ist allerdings schon Jahrzehnte vor dem Erscheinen des BGB bekämpft worden[16]). Im rheinischen Recht war nach Art. 892 des Code civil der Abschluß eines Darlehensversprechensvertrages möglich (vgl. RG 32, 365 ff.). Das Reichsgericht hat in einem Urteil vom 10. Dezember

14) Reichel S. 20.

15) Vgl. Huschke S. 27; Cohn S. 843, 856; Adler S. 211; OLG Hamburg v. 27. 10. 1897 in Seuff.A. Bd. 53 Nr. 99.

16) Vgl. Regelsberger in End. S. 420 A. 17 u. 20; Windscheid § 371 A. 6 ließ das „zinsbare Darlehen" bei entsprechendem Parteiwillen als Konsensualdarlehen zu.

1901 richtig entschieden, daß auch im gemeinen Recht für die Vertragsperfektion der Parteiwille maßgebend ist und daß infolgedessen das Darlehen auch als Konsensualvertrag geschlossen werden kann (RG in JW 02/143). Schon 1868 hatte das OAG Rostock so entschieden und sich somit von der römischrechtlichen Betrachtungsweise abgewandt (U. vom 16. März 1868 in Seuff.A. Bd. 22 Nr. 121). Und noch vorher hatten, wenigstens bezüglich des entgeltlichen Darlehens, Unger (S. 15 f.) und Demelius (in Ihering Bd. 3 Nr. V) die richtigen Vorstellungen. Lammfromm (S. 215) und Bekker (§ 95 S. 98) ließen den Versprechensvertrag ohne weiteres zu. Am weitesten ging Kohler, der allgemein ein konsensuales Darlehen annahm und seine Meinung am begründetsten vertrat (Kohler im Arch. Bürg.R. Bd. 2 S. 221, Kohler Ges.A. S. 44). Selbst im österreichischen Recht, welches das Darlehen positiv als Realkontrakt geregelt hatte, wurde das verzinsliche Darlehen vereinzelt (wenigstens „theoretisch") zu den Konsensualverträgen gestellt[17]). Im alten Schweizer Bundesgesetz von 1881 war das Darlehen eindeutig als Konsensualkontrakt definiert worden (vgl. Kohler Ges.A. S. 62).

Im neuen Recht führen die strengen Realkontraktstheoretiker mannigfache Begründungen für ihre Ansichten an. Ihre Haltung ist oft durch einen Grund, oft aber auch durch mehrere Gründe bestimmt. Als Gründe werden die geschichtliche Entwicklung[18]), die Verkehrsanschauung[19]), der Sprachgebrauch[20]), die praktische Brauchbarkeit[21]) und schließlich die ausdrückliche Bestimmung des BGB[22]) angegeben. In diese Reihe gehören noch Stölzel (S. 329) und Sohm (§ 79 A. 5) mit eigener Begründung. Wohl im Hinblick auf die aufgezählten Gründe und die vielen Anhänger des realen Darlehens wird das Darlehen oft ohne weiteres als Realkontrakt behandelt[23]). Halten aber die erwähnten Gründe einer kritischen Betrachtung stand?

17) Schey S. 36, 37, 45.

18) Kinne S. 463; Gierke S. 577; vgl. auch Oertmann Vorb. 2 zu § 607; Blum S. 7; früher schon Huschke S. 27. Nach Gierke war das Darlehen auch im alten deutschen Recht Realvertrag.

19) Cosack S. 576.

20) Kinne S. 470.

21) Kinne S. 463, 471.

22) Kuhlenbeck S. 377 ff.; Kinne S. 463, 469; Gierke S. 577; Manigk S. 194; Schönke in JW 34/2745; Dernburg § 234 I; Cosack S. 576; Blum S. 29 f., RG 86/309. Schönke, der an der angeblich streng realen Natur auch des verzinslichen Darlehens festhält und dieses daher als einseitigen Vertrag betrachtet, den Kreditversprechensvertrag aber richtig als zweiseitigen Vertrag behandelt, kommt zu der Auffassung, eine Abrede über Kreditgewährung könne daher kein Darlehensvertrag sein, sondern müsse ein Vertrag eigener Art sein, auf den die Vorschriften über das Darlehen auch nicht entsprechend angewandt werden könnten. Eine bedenkliche Folge des Haftens am Vorvertrag! Zweifellos ist das Kreditgeschäft — auch das entgeltliche — ein Darlehensgeschäft (s. Heck S. 324, 326).

23) Endemann § 106 A. 9, § 184 A. 2; Sternberg S. 395; Eck-Leonhard S. 506 f.; Planck Vorb. V 1 zu § 607; Türcke-Niedenführ § 607 Anm. 2, RGR § 610 Erl. 1, OLG Kiel Seuff.Arch. Bd. 63/12 ff., RG 52/306, 68/355, 71/117, 77/408, RG in

a)

Die geschichtliche Entwicklung hat sicherlich auch in der Sphäre des Rechts eine gewisse Bedeutung. Sie muß aber richtig erkannt sein! Spricht etwas dafür, einen Vertrag, der im römischen Recht und im alten deutschen Recht Realvertrag war, auch noch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts oder gar des bürgerlichen Rechts als solchen zu behandeln? Nein! Gerade die geschichtliche Entwicklung spricht dagegen! Denn sie zeigt, daß zu Beginn einer Rechtsentwicklung alle Rechtsgeschäfte Realgeschäfte waren[24]). Sie zeigt, daß es schon im römischen Recht Versprechensverträge gab (s. Sohm § 82) und daß die Zahl der Versprechensverträge mit der Verkehrsentwicklung ständig stieg. Sie zeigt, daß sich „die überlieferten Formen einer strengeren Urzeit“[25]) auf die Dauer nicht halten können, daß der Rechtsverkehr immer freier wird[24]), daß die Konsensualkontrakte aufkommen[26]) — natürlich zuerst bei den wichtigsten Geschäften des alltäglichen Verkehrs — und langsam aber sicher den Sieg davontragen. Die geschichtliche Entwicklung kann sehr wohl zeigen, welche Verträge sich am längsten in den Urformen erhalten haben. Sie kann aber nie zeigen, daß diese Verträge ihren Abschluß in keiner anderen Form zulassen.

b)

Die Verkehrsanschauung kann nur sagen, wie der Vertrag allgemein im Rechtsleben betrachtet und behandelt wird. Nicht mehr und nicht weniger! Sie kann unter keinen Umständen sagen, ob diese Betrachtungsweise auch richtig oder notwendig ist. Die Verkehrsanschauung, die leicht Schwankungen unterworfen sein kann, ist keine zwingende Rechtsnorm, die das Wesen oder die Entstehung eines Vertrages schlechthin beeinflußt. Sie kann allerdings die Vorstellungen der Parteien über das Rechtsgeschäft und damit die Willenserklärungen der Parteien beeinflussen. Jedoch ist heute — wie weiter unten ausgeführt wird — in der Wissenschaft die Zahl derer, die ein konsensuales Darlehen zulassen, so groß, daß von einer Verkehrsanschauung oder auch nur einer herrschenden Verkehrsanschauung nicht mehr gesprochen werden kann. Und die Verkehranschauung, die der tatsäch-

---

Gruchot 53/838, RG 103/288, 108/150, RG in JW 1929/2705, in Recht 1930/648, in Höchstrichterliche Rechtsprechung 1934 Nr. 1105, in Leipz.Z. 1933 S. 58 f. usw.

24) Die im Mittelpunkt des altrömischen Rechts stehenden Privatrechtsgeschäfte (mancipatio, nexum) waren nicht nur Handgeschäfte, sondern bedurften überdies einer besonders strengen und feierlichen Form. Das Zwölftafelrecht war eben — wie Sohm (§ 11 S. 53) richtig bemerkt — „noch das schwerfällige, strenge, steife Recht des Ackerbürgers“.

25) Vgl. Sohm § 14 S. 71.

26) S. Sohm § 78 S. 370 f.

liche Rechtsverkehr — also das Volk — hat, spricht, wie ebenfalls weiter unten ausgeführt wird, sicherlich für ein Konsensualdarlehen. Selbst wenn die Verkehrsanschauung allgemein das Wesen eines Kontraktes beeinflussen könnte, so äußerte sie daher im gegebenen Falle nicht die ihr zugeschriebene Wirkung.

c)

Es kann Kinne (S. 470) zugestanden werden, daß man sagt: „Ich habe mir ein Pferd gekauft", ohne daß die Übergabe des Pferdes oder die Zahlung des Kaufpreises stattgefunden hat, also schon nach bloß erfolgter Einigung über das Pferd und den Preis. Oder daß man schon nach erfolgter Einigung über Wohnung und Preis sagt: „Ich habe mir eine Wohnung gemietet", ohne Übergabe der Wohnung. Es kann ihm aber nicht zugestimmt werden, wenn er behauptet, niemand käme auf den Gedanken zu sagen: „Ich habe mir Geld geliehen", wenn er das Geld noch nicht empfangen hat, sondern erst einen Vertrag über künftigen Empfang geschlossen hat. Zwar wird in einem solchen Fall meistens gesagt werden: „Ich bekomme Geld geliehen" oder „Ich werde Geld geliehen erhalten", aber es wird auch jemand, der z. B. ein Haus baut, sehr wohl sagen: „Ich habe mir 20 000 Mk. geliehen", wenn er das bindende Geldhingabeversprechen eines andern hat, wenn er also das Geld noch nicht empfangen hat. Abgesehen davon kann in diesem Streit der Sprachgebrauch nicht herangezogen werden, da sich die einzelnen Bezeichnungen nicht decken. Denn „ich habe gekauft" oder „ich habe gemietet" sagt jemand schon, um zu bezeichnen, er habe einen Kauf- oder einen Miet v e r t r a g abgeschlossen und in der Regel nicht nur um zu erklären, er habe schon den entsprechenden Gegenstand in Händen. „Ich habe mir Geld geliehen" sagt jemand meistens nur, um zu bezeichnen, er habe das Geld bereits in Händen. Er hat also da den Vertrags a b s c h l u ß, die hiezu nötigen Willenserklärungen, n i c h t im Auge. Es kann daher der angeführte Sprachgebrauch bei der Frage, wann der Darlehensvertrags a b s c h l u ß vorliegt, nicht herangezogen werden. Schon in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts hat Unger (S. 16 f.) bei der Verteidigung des konsensualen Verwahrungsvertrags richtig vermerkt, der Vertrag sei schon bei Abgabe der Versprechen begründet und: „'Hinterlegt' ist freilich nicht, solange nicht hingegeben ist: aber auch 'getauscht' ist nicht vor Erfüllung des Tauschvertrages und 'eingestellt' nicht vor Übergabe der Bestandsache". Das Wort „tauschen" hat heute allerdings auch schon die Bedeutung „einen Tauschvertrag schließen".

d)

Die praktische Brauchbarkeit eines konsensualen Darlehens und die Folgen, die sich bei Annahme eines solchen ergeben, werden im

Abschnitt II untersucht werden. Es wird sich das Gegenteil der Meinung Kinnes als wahr erweisen.

e)

Die Behauptung, das BGB habe im § 607 I das Darlehen als Realkontrakt geregelt und regeln wollen und habe im § 610 den Vorvertrag gemeint, wird am stärksten vertreten. Die Argumentation ist die: Im BGB § 607 I steht:

„Wer Geld ... als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene ... zurückzuerstatten".

Daraus folgt, daß die Rückerstattungspflicht und somit das Darlehen überhaupt erst bei der Hingabe des Geldes entsteht. Infolgedessen kann das Darlehen nur Realkontrakt sein und im § 610 nur der Vorvertrag behandelt sein.

Diese Argumentation, die etwas Bestechendes an sich hat, leidet an dem Fehler, das unbedingte Entstehen der Rückerstattungs p f l i c h t mit dem Entstehen des Darlehens v e r t r a g s als solchen zu identifizieren. Das BGB hat im § 607 I nur festgelegt, w a s z u r ü c k zuerstatten ist. Es ist nun selbstverständlich, daß man einen Wert[27]) nur dann z u r ü c k erstatten kann, wenn man ihn empfangen hat. Eine andere Möglichkeit gibt es nicht. Infolgedessen konnte das BGB im § 607 auch keine andere diesbezügliche Lösung treffen. Damit hat aber doch das BGB mit keiner Silbe erwähnt, wann der Darlehensvertrag als solcher geschlossen ist. Es mangelt also der Behauptung, das BGB habe den Zeitpunkt des Enstehens des Darlehensvertrages von der Hingabe abhängig gemacht, an jeder Grundlage. Vielmehr ist die Sache so, daß das BGB überhaupt k e i n e B e g r i f f s b e s t i m m u n g des Darlehensvertrages gibt. Es regelt nur die hauptsächlichsten sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten, nicht aber den Abschluß des Vertrages. Das BGB sagt nicht, wie Krahmer (S. 40) richtig bemerkt: „Wenn Geld ... gegeben oder genommen wird, e n t s t e h t der Darlehensvertrag". Auf falscher Fährte bewegt sich insoweit auch Heck (S. 324) als er meint „§ 607 gibt im Grunde nur eine Begriffsbestimmung". Das BGB hätte, ohne die Sache irgendwie dadurch zu verändern, die Bestimmung auch so fassen können: „§ 607. Durch den Darlehensvertrag wird der Darleiher verpflichtet, dem Entleiher den

27) Gegenstand des Darlehens ist der Gebrauch eines W e r t e s, so wie Gegenstand der Miete der Gebrauch einer Sache ist. So auch Siber S. 247; Gierke S. 576; Bruns § 71; Lammfromm S. 74; Schey S. 16 u. 18; Kohler im Arch.Bürg.R. Bd. 33 S. 5; Kreß I S. 271 f.; Kreß II S. 144 Enneccerus § 362 II 2. Da aber der Gebrauch des Wertes Verbrauch der Wertzeichen erfordert, so ist die Übereignung des Geldes nötig. Daher ist in der Regel die Rückgabe derselben Geldzeichen nicht möglich. Sie ist auch nicht nötig, denn der Darleiher will vernünftigerweise nur ein Wertäquivalent zurückhaben. Das allein ist im § 607 I ausgedrückt. Das allein ist auch der grundlegende Unterschied zwischen Darlehen einerseits und Leihe und Miete andererseits.

Gebrauch des entliehenen Wertes während der vereinbarten Zeit zu gestatten." Bei Entgeltlichkeit könnte hinzugefügt werden: „Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, dem Darleiher die vereinbarten Zinsen zu bezahlen". Diese Regelung entspräche den §§ 598, 535. Einige Paragraphen später könnte stehen: „Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, den geliehenen Wert nach dem Ablauf der vereinbarten Zeit durch Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten". Diese Regelung entspräche den §§ 604, 556. Würde solchenfalls auch behauptet werden können, der Gesetzgeber habe den Vertrag als Realkontrakt festgelegt? Hier wäre sicherlich erkannt worden, daß die unbedingte Rückerstattungspflicht nicht für das Entstehen des Schuldverhältnisses von Bedeutung ist, sondern daß sie bereits Abwickelungspflicht[28]) ist und in ihrer Bedeutung und logischen Reihenfolge hinter der Hingabepflicht des Darleihers und einer Gegenleistung des Entleihers für den Wertgebrauch steht. Wer sich zu dieser Erkenntnis nicht durchringen kann, müßte notwendig auch den Mietvertrag als Realkontrakt ansehen. Er müßte da genau so folgern, eine konsensuale Miete sei ausgeschlossen, weil die Rückgabepflicht erst dann unbedingt bestehe, nach dem die Sache hingegeben sei. Die Rückerstattungspflicht wird auch nicht erst bei der Hingabe vereinbart, sondern schon bei Vertragsabschluß. Wer ein Miet-, Leih- oder Darlehensversprechen annimmt, verspricht damit schon die Rückgabe der Sachen oder des Wertes. Das braucht er nicht ausdrücklich zu sagen. Die Rückgewährverpflichtung „ergibt sich ohne weitere Vereinbarung"[29]). Die Rückgabepflicht ist in diesem Zeitpunkt auch schon entstanden, allerdings nicht unbedingt, sondern durch die Hingabe bedingt. Mit dem Eintritt der Bedingung erst ist die Rückgabepflicht unbedingt geworden[30]). Das ist eine Naturnotwendigkeit, weil man eben nur Empfangenes zurückgeben kann. Die Verträge waren aber schon unbedingt entstanden als ihre Angebote angenommen wurden und damit Rückgabe versprochen wurde, obwohl die Rückgabepflicht noch durch die Hingabe bedingt war. Hier das Entstehen der Verträge von dem Entstehen der unbedingten Rückgabepflicht abhängig machen zu wollen.

28) Ähnlich Siber S. 246; Reichel S. 21; Lammfromm S. 222; Affolter S. 2; Kreß I S. 60 Anm. 60; Kreß II S. 144. Richtig auch Boehmer S. 320 f.

29) Kreß II S. 144 A. 4.

30) Richtig hat Lübbert (S. 358 f.) erkannt, daß die Abhängigkeit der Widerleistung von der Vorleistung der Grund für das Realkontraktsproblem des Darlehens überhaupt ist. Dies sieht man auch deutlich bei Adler (S. 215), der deshalb wenigstens folgerichtig auch die Versprechensmiete als Vorvertrag ansah, Blum S. 31, 48; Crome § 167 III; Schey S. 44 f.

Über die Rückgabepflicht als bedingte Pflicht s. auch Lammfromm S. 216, Hohenstein S. 38, 97, Hoeninger S. 285. Vgl. ferner Boehmer S. 321 f.; Enneccerus § 362 II A. 2.

Auch Heck nimmt eine bedingte Pflicht an, wenn er sagt (S. 327): „Auch der Mieter braucht die Mietsache nur dann zurückzugeben, wenn er sie erhalten hat.

ist genau so falsch, als wenn man bei der emtio spei[31]) den Vertrag erst entstehen ließe, nachdem eine Leistungspflicht des Verkäufers unbedingt entstanden ist. Diesem Fehler unterliegt auch Stölzel (S. 329), wenn er behauptet, man könne nicht „durch bloße Vereinbarung Darlehensschuldner werden". Darlehensschuldner wird man auf Grund der Vereinbarung, Geld als Darlehen annehmen zu wollen. Hier ist schon die Schuld bedingt begründet und wird bei der Hingabe unbedingt. Übersieht man das zu sehr, dann ist kein Schritt mehr weit zu der Behauptung, die Darlehensschuld entstehe allein durch Hingabe und somit sei das Darlehen überhaupt kein Vertrag, ja überhaupt kein Rechtsgeschäft. Und in der Tat wird auch diese absurde Meinung vertreten[32]). Daß die Rückgabepflicht, wie bei allen anderen Verträgen auf Rückgabe, mit der Vertragszweckvereinbarung und Vereinbarung über den zu leistenden Gegenstand bereits entsteht, jedoch erst mit der Übergabe unbedingt wird, ist dem Darlehen nichts Eigentümliches, vielmehr bei allen Ansprüchen auf Rückgabe (Leihe, Miete Verwahrung) so. Dies erkannte schon Stobbe im Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 3 § 190/1 (2. Aufl. 1885).

f)

Kinne (S. 469) führt zur Bekräftigung seiner Ansicht, das BGB habe das Darlehen positiv als Realkontrakt geregelt, auch an, es komme noch in Betracht, „daß das Gesetzbuch in dem 5. Titel des 7. Abschnitts des 2. Buches nirgends von einer Pflicht zur Übergabe der Darlehenssache an den Kreditnehmer, die bei einem konsensualen Darlehen von besonderer Bedeutung sein würde, spricht, wie z. B. beim Kauf § 433, bei der Miete § 536 oder Leihe § 598".

Beim Kauf mag das daran liegen, daß wegen der großen Bedeutung des Geschäfts für das tägliche Leben — oder vielleicht auch rein zufällig — die einzelnen Rechte und Pflichten möglichst genau bestimmt wurden. So wird der Kauf in 61, das Darlehen in 4 Paragraphen behandelt. Die Pflicht des Verleihers und Vermieters ist vor der Übergabe in gewissem Umfang strenger als die des Darleihers, weil hier häufig Speziessachen in Frage stehen, die eben auch bis zur Gebrauchsüberlassung (und selbst noch bei dieser) in geeignetem Zustand erhalten werden müssen. Beim Darlehen besteht nur die allgemeinere Pflicht, den Wert zu verschaffen und dem Entleiher den Wert nicht vorzeitig abzuverlangen. Hiefür sind die §§ 241 ff. BGB ausreichend. Dazu kommt, daß im BGB eine Definition des Darlehensbegriffes entbehrlich erschien[33]). Aber aller Streit darum ist müßig, denn:

31) Oder Verträgen mit ähnlichem Charakter. Vgl. Kreß I S. 29.
32) S. Schöninger S. 146, 147, 149.
33) Mot. II S. 306.

Aus den Motiven des BGB (II S. 306) ergibt sich eindeutig, daß der Gesetzgeber den Darlehensvertrag

nicht als Realkontrakt

regeln wollte, sondern diese Frage der Wissenschaft überlassen wollte. Genau so handelte er bezüglich der Leihe (Prot. II S. 269). Das ergibt sich auch aus Mot. II S. 569.

g)

Sohm (§ 79 A. 5) glaubt, die benannten Realkontrakte des römischen Rechts stellten kraft ihres Wesens als Anvertrauungsverträge — also Verträge auf Rückgabe — die echten, geborenen, unsterblichen (!) Realkontrakte dar. Hier fühlt man deutlich die Verwechslung der unbedingten Entstehung der Rückgabepflicht mit dem Entstehen des Vertrags. Die Abhängigkeit der unbedingten Entstehung der Rückgabepflicht ist freilich unsterblich, ist für alle Zeiten vorhanden. Diese Abhängigkeit ist in gleicher Weise auch bei der Miete gegeben und dennoch ist die Miete kein unsterblicher Realkontrakt. Auch bei der Miete spielt der Gesichtspunkt der Anvertrauung für ewige Zeiten eine Rolle. Der Vermieter vertraut dem Mieter eine Sache an, er vertraut auf Rückgabe dieser Sache. Anvertrauung und Gefälligkeit spielen nur hinsichtlich des Parteiwillens eine Rolle. Bei diesen Verträgen kommt es eben leichter vor, daß das Versprechen überhaupt noch nicht bindend abgegeben sein soll. Ist es aber bindend abgegeben, dann ist die Sphäre des Rechts beschritten und der weitere Weg klar vorgezeichnet. Die positive Regelung des schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 widerlegt Sohms Anschauung von den unsterblichen Realkontrakten. Dort ist in § 312 bestimmt: „Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an einer anderen vertretbaren Sache, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte". Mit Recht weist Siber (S. 247) darauf hin, es könne „nicht auf innerer Notwendigkeit, sondern nur auf positivem römischen Recht beruht haben, daß eine Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung bei der Miete aus Hauptvertrag, bei Leihe und Darlehen nur aus Vorvertrag entspringen konnte". Der Grund sei einzig „die geschichtliche Zufälligkeit, daß die Miete anders als das Leih- und Darlehensversprechen nicht in dem Jugendkleide der Stipulationsform stecken geblieben war", gewesen.

h)

Selbst wenn einige oder alle der von den Realkontraktlern vorgetragenen Gründe einer kritischen Untersuchung standgehalten hätten, so wäre die Schlußfolgerung, es gäbe kein konsensuales Darlehen und

es könne keines geben, falsch. Denn dann wäre immer noch zu bedenken, daß das ganze bürgerliche Recht von dem im § 305 BGB ausgedrückten Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht wird. Diese Vertragsfreiheit kennt keine Schranken als die vom Gesetz aufgerichteten, nämlich gesetzliche Form (§ 125 BGB), Gesetz (§ 134 BGB), gute Sitten (§ 138 BGB) und Unmöglichkeit der Leistung (§ 306 BGB). Daraus folgt klar und unzweifelhaft die Möglichkeit eines Darlehensversprechensvertrages[34]).

i)

Nahe an dieses Ergebnis hätten auch die starrsten Anhänger der Realkontraktstheorie auf folgendem Wege kommen können:

Aus dem Vorvertrag ist der Abschluß des Realkontrakts geschuldet. Dieser wird abgeschlossen durch Zweckvereinbarung und Leistung. Die Zweckvereinbarung kann auch vor der Leistung getroffen werden[35]). Dann ist mit der Leistung der reale Kontrakt geschlossen. Voraussetzung ist da allerdings, daß bei der Leistung die Zweckvereinbarung noch besteht. Dieser Ungewißheit könnten sich die Parteien dadurch entledigen, daß sie die Zweckvereinbarung unwiderruflich treffen. Nun können die Parteien diese unwiderrufliche Zweckvereinbarung immer näher an den Vorvertrag heranrücken und schließlich sofort bei Abschluß des Vorvertrags treffen. Dann ist dieselbe Rechtsstellung wie beim Versprechensdarlehen gegeben, so daß nur noch eine Geldsumme geschuldet ist. Der Realkontrakt ist allerdings dabei immer noch gewahrt; denn das Darlehen entsteht auch da erst mit der Zahlung der Geldsumme. Hier hätte jedoch der Weg zum konsensualen Darlehen ein leichter sein müssen, da auch hier nur noch eine Geldschuld übrig geblieben wäre.

Es ist daher nicht verwunderlich, daß manche, die aus überlieferten Anschauungen heraus krampfhaft am Realkontrakt hängen bleiben wollen, dennoch schon in gewissem Umfang ein konsensuales Darlehen anerkennen müssen[36]).

F.

Die richtige Anschauung hat besonders durch die klaren Erwägungen Kohlers immer mehr Boden gewonnen. Das Versprechensdarlehen wird von vielen nicht nur für möglich, sondern sogar für häufiger als

34) Vgl. Kreß I S. 90 A. 23; Blum S. 39; Siber S. 249; Lübbert S. 365; Hoeninger S. 293.

35) Das ist allgemein anerkannt (s. Enneccerus § 362 II A. 2; Planck § 387/1 c). Es wäre auch nicht einzusehen, warum das nicht gehen sollte.

36) So Enneccerus (§ 360/2, § 362 II A. 2), der den Versprechensvertrag für denkbar, aber künstlich und dem Verkehrsleben fremd bezeichnet; Crome (S. 167, 168, 595 A. 12, 596); Blum (S. 29, 30, 31, 48, 39) und Regelsberger (S. 413), der dem Realvertrag nur noch den Vorzug gibt.

der Darlehensvorvertrag, ja sogar für im Verkehr allein vorkommend gehalten. Und diejenigen, die einen Vorvertrag überhaupt ablehnen, sehen in dem angenommenen Darlehensversprechen folgerichtig immer den fertigen Darlehensvertrag[37]). Anhänger eines konsensualen Darlehens im Recht des BGB sind Kohler (§ 87 III, IV, § 128; im Arch. Bürg.R. Bd. 33 S. 1, 9, 20), Siber (S. 246, 249), Schloßmann (S. 55 A. 1, S. 71, 89), Brütt (S. 17), Kreß (I S. 97, II S. 148 f.), Reichel (S. 19 ff.), Lübbert (S. 359 f.), Hoeninger (S. 291), Affolter (S. 4), Collatz (S. 20), Hohenstein (S. 27)[38]), Krahmer (S. 45, 49), Boehmer (S. 329), von Tuhr (S. 495), Wüstendörfer (S. 236), Heck (S. 327) usw.

G.

Das Ergebnis der Untersuchungen zeigt, daß das Darlehen, wenn es nicht real geschlossen wird, wenn es also erst versprochen wird, sowohl ein Vorvertrag zu einem Realkontrakt als auch der fertige Versprechensvertrag sein kann.

Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Vorvertrag oder ein Versprechensvertrag vorliegt, ist lediglich der Wille der Parteien maßgebend. Diesen Parteiwillen kann man leichter erkennen, wenn man sich vor Augen hält, wie die Erklärungen der einzelnen im Verkehrsleben lauten und was sich diese dabei vorstellen.

A benötigt am 1. V. 100 Mk. Er geht zu seinem Freund B und bittet um leihweise Überlassung von 100 Mk. B verspricht, dem A am 1. V. 100 Mk. leihweise zu geben. A und B haben sich da sowohl über die Höhe des Darlehens als auch über die Pflicht des A zur späteren Rückzahlung als auch über den Zweck der Leistung (unentgeltliche Überlassung des Wertgebrauches auf Zeit) geeinigt. Am 1. V. will A von B die 100 Mk. haben, weiter nichts. Die Parteien wollen hier keine Er-

37) Z. B. Schloßmann S. 89; Reichel S. 18.

38) Allerdings mit falscher Begründung, soweit er sagt: „Die Möglichkeit der Darlehensbegründung durch Forderungsabtretung und Gutschrift zwingt zur Annahme des Darlehens als eines Konsensualvertrages". Denn in diesen Fällen wird die Forderung gegen den Dritten (besonders bei Gutschrift auf einer Bank) manchmal von den Parteien der realen Übergabe von Geld gleichgeachtet, weil der Berechtigte wirtschaftlich fast so handeln kann als habe er Bargeld. Hier leistet der Darleiher real ein Geldäquivalent, das von den Parteien als Erfüllung des Darlehensversprechens (als Barhingabe) oder als Realdarlehen betrachtet wird. Richtig sagt das RG in Recht 1930 S. 648: „Der Übertragung des Geldes stehen die Fälle gleich, in denen abredegemäß durch Hingabe der Valuta der gleiche wirtschaftliche Erfolg erreicht werden soll, wie z. B. die Überweisung an das Bankhaus des Empfängers". Vgl. auch U.d.RG vom 2. 9. 1935, abgedr. in „Höchstrichterliche Rechtsprechung" 1935 Nr. 1583. Über andere Arten der Wertbeschaffung s. Kreß II S. 145 und Heck S. 328.

Die Verschaffung der Forderung gegen den Darleiher (Vertragspartner) selbst wird im Verkehr nicht als reale Leistung angesehen und kann auch nicht von den Parteien als solche angesehen werden. Sonst wären alle Konsensualverträge Realverträge.

klärungen mehr abgeben über den Zweck der Übergabe der 100 Mk., es sei denn die der Erfüllung der Schuld des B (vgl. auch Heck, S. 327). Sie wollen am 1. V. keinen Darlehensvertrag mehr abschließen; denn nach ihrer richtigen Meinung war ja die vorherige Abmachung schon der fertige Vertrag, war schon die Erklärung dessen, was überhaupt von beiden Seiten erklärt werden mußte. Denn das ist klar: Wenn man schon rechtsgeschäftliche Erklärung zur Stützung eines wirtschaftlichen Vorganges abgibt, dann gibt man möglichst alle nötigen Erklärungen auf einmal ab, damit nur noch der wirtschaftliche Vorgang übrig bleibt. Dann wissen die Parteien genau, was noch geschuldet ist und sind der Unsicherheit darüber enthoben, was noch zu erklären ist und ob es später auch tatsächlich erklärt wird. Bei einem Vorvertrag müßte am 1. V. B dem A nicht allein 100 Mk. zur Erfüllung seiner Schuld übereignen. Die Schuld des B wäre noch mehr. Der Darlehensvertrag müßte erst noch geschlossen werden, also noch die Zweckvereinbarung getroffen werden. B müßte noch erklären: „Ich gebe dir die 100 Mk. zum Zwecke des unentgeltlichen Wertgebrauches auf Zeit" und A müßte noch erklären: „Ich nehme die 100 Mk. zu diesem Zwecke an". — (Außerdem wären beide noch darüber einig, daß dieser Vertragsabschluß solvendi causa, zur Abwicklung der Schuld aus dem vorhergehenden Versprechen, geschähe.) —

So etwas ist zwar möglich, wird aber nur bei Juristen vorkommen, die sich vorher eben den Abschluß des Vertrages am 1. V. vorbehalten hätten. Die Nichtjuristen werden an so eine Möglichkeit gar nicht denken. Ihnen ist das verwickelte Gebilde des Vorvertrags, bei dem der Abschluß eines Vertrages versprochen wird, nicht geläufig[39]). Sie wollen an den ausgemachten oder noch zu bestimmenden Zeitpunkten Leistungen bewirken und empfangen, aber keine schuldrechtlichen Verträge schließen. Mit Recht führt Schloßmann (S. 40) an, zu Vorverträgen zu Realkontrakten könne nur ein in der Dogmatik des römischen Rechts geschulter Jurist kommen.

Wenn im Leben ein Darlehensversprechen angenommen ist, dann liegt immer ein fertiger Darlehensvertrag vor,

ein Darlehensversprechensvertrag,

nie ein Vorvertrag, es sei denn, die Parteien hätten sich ausdrücklich den Abschluß des Darlehensvertrages vorbehalten.

Hievon macht auch das bindende einseitige Versprechen, ein Darlehen geben oder nehmen zu wollen, wobei sich der eine Teil immer freie Hand hält, (pactum de mutuo dando, pactum de mutuo accipiendo)[40]) keine Ausnahme. Denn entweder ist es die einseitige[41]) oder

39) Vgl. Kreß I S. 95, II S. 148 A. 24.

40) Diese werden fälschlich oft einfach Darlehensvorvertrag genannt, ohne den Willen der Parteien näher zu untersuchen. Falls überhaupt ein fertiger, wenn auch erst bedingter oder durch Rücktritt aufhebbarer Vertrag vorliegt, ist

vertragsmäßige Einräumung eines Gestaltungsrechts, sodaß mit der Annahmeerklärung des Berechtigten der gewöhnliche Darlehensversprechensvertrag zustande kommt, vorher also noch gar kein Vertrag vorliegt, oder es ist der bedingte[42]) fertige Darlehensvertrag, sodaß mit dem Eintritt der Bedingung (das Leistungsbegehren des Berechtigten!) der Versprechensvertrag unbedingt wird, oder es ist der unbedingte Darlehensvertrag geschlossen, dem einen Teil aber ein Rücktrittsrecht[43]) eingeräumt. Mit dem Ablauf der Zeit, innerhalb der Erfüllung nach Treu und Glauben verlangt werden kann (Erfüllungszeit), wäre dann bei Nichtbegehren der Summe das Rücktrittsrecht konkludent ausgeübt. Haben die Parteien erst Vorverträge schließen wollen, dann ist der eine Teil schon innerhalb des Vorvertrages in derselben Art frei. Begibt er sich der Freiheit, dann ist der Vorvertrag eben voll wirksam, die Parteien müssen dann noch zum Abschluß des Realvertrages zusammenwirken. In all diesen Fällen kann höchstens nur die Erkenntnis des Gewollten Schwierigkeiten bereiten[44]). Für die rechtliche Behandlung gilt nichts Besonderes.

II.

Aller Streit bezüglich des Darlehensversprechens wäre eitler Theorienstreit, würden sich nicht aus den verschiedenen Anschauungen wichtige Folgen für die Praxis ergeben. Gerade die praktische Brauchbarkeit, die Einfachheit und Klarheit der Rechtsvorstellungen zeigt, daß allein das konsensuale Darlehen den Anforderungen eines modernen Verkehrs und den Rechtsvorstellungen und damit dem Willen der Parteien entspricht. Dies soll im folgenden gezeigt werden.

---

die richtige Bezeichnung für das pactum de mutuo dando „Darlehensgewährungsvertrag“ (wie es Reichel in LeipzZ. S. 1207 verdeutscht) für das pactum de mutuo accipiendo „Darlehensannahmevertrag“. Dabei ist es gleich, ob die Parteien den Darlehensversprechensvertrag oder ausnahmsweise nur den Darlehnsvorvertrag schließen wollten. Das pactum de mutuo dando et accipiendo ist der fertige Darlehensversprechensvertrag oder Darlehensvorvertrag.

41) Dies käme der bindenden Offerte (§ 148 BGB) gleich. Bei einer Offerte zum Realvertrag müßte das Geld bar angeboten werden.

42) Einen bedingten Vertrag nehmen z. B. an Adler S. 246, 258 f.; Kohler § 87 III, Eccius (s. Stintzing S. 14). Vgl. auch Siber S. 249, der den Anspruch des Empfängers als „verhalten“ bezeichnet. Die Parteien können natürlich auch das im Auge haben (vgl. Kreß II S. 150). Dann ist der Vertrag unbedingt geschlossen, der Entleiher kann die Summe jederzeit verlangen, der Darleiher jedoch nicht vorher leisten. Bei entgeltlichem Darlehen ist der Anspruch auf die Zinsen nicht auch verhalten. Sonst käme dies in der Wirkung einem bedingten Vertrag gleich. Vgl. über verhaltene Ansprüche Kreß I S. 399.

43) So ist in aller Regel das unentgeltliche Darlehen aufzufassen. Vgl. Kreß II S. 150. Reichel ((in LeipzZ. S. 1207 ff.) nimmt in Analogie zu § 671 BGB Widerruf an (s. auch Stintzing S. 33!). Im Ergebnis kommt das auf dasselbe hinaus. Vgl. zur Annahme eines unbedingten Vertrages Stintzing S. 29.

44) Falsch ist es jedenfalls, wenn manche immer das eine für gegeben erachten. Der Wille der Parteien kann frei aus all den Möglichkeiten wählen.

A.

Abtretung.

a)

Der Konsensualvertrag.

Hier sind alle das Zustandekommen des Vertrages betreffenden Willenserklärungen bereits abgegeben. Der Vertrag ist abgeschlossen. Der Darleiher schuldet nur noch die Gestattung eines Wertgebrauches, welche durch die Übereignung einer Geldsumme ermöglicht wird. Er schuldet somit die Übereignung von Geld genau so wie der Käufer einer Sache oder der sonst zu einer Geldleistung Verpflichtete. Die Forderung des Darlehensnehmers ist — hiegegen können sich keine Bedenken ergeben — gemäß § 398 BGB

abtretbar.

Das ist ohne weiteres klar und den Verkehrsbedürfnissen entsprechend. Ein Streit darüber findet sich nirgends. Vgl. hiezu: RG 32/366 f (rhein. Recht), Regelsberger in End. S. 420 A. 17 (gemeines Recht), RG in JW 02/143 (gemeines Recht), Kohler im Arch. Bürg.R. Bd. 2 S. 235 (gemeines Recht) und für das neue Recht:

Kohler § 128, Kohler im Arch. Bürg.R. Bd. 33 S. 16, Wüstendörfer S. 236, Kreß I S. 97, Kreß II S. 149, Boehmer S. 331, Lübbert S. 377 f., Hohenstein S. 40 usw.

Selbstverständlich kann die Abtretung nach dem Willen der Parteien (§ 399 BGB) oder dem Willen des Gesetzgebers ganz oder teilweise ausgeschlossen sein. So lassen Stein-Jonas (§ 851 III), Staudinger (§ 399 I 1 b, § 607 II 9 d) und Kiefe (S. 927) die Abtretung von Baugeldforderungen (nach dem Gesetz vom 1. VI. 1909) nur für Baugeldgläubiger zu, während Sternberg (S. 397 ff) die Abtretung unbeschränkt zuläßt. (Vgl. hiezu auch Kreß II S. 149 A. 25 und für das frühere Recht RG 38/311).

b)

Der Vorvertrag.

Geschuldet ist der Abschluß eines Vertrages. Der Gläubiger hat eine einheitliche Forderung auf Abschluß eines Darlehensvertrages und zwar auf Abschluß eines Vertrages mit ihm, dem Gläubiger. Diese Forderung kann naturnotwendig nicht abgetreten werden. Es ist nichts anderes als eine ratio scripta, wenn das Gesetz in § 399 BGB bestimmt, eine Forderung könne nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann. Könnte der Versprechensempfänger den

Anspruch aus dem Vorvertrag abtreten, dann wäre der Versprechende verpflichtet, mit einem Dritten einen Darlehensvertrag abzuschließen. Der Inhalt der Leistung wäre hier ein ganz anderer. Der Darlehensversprecher hat an der Person seines Vertragspartners, des Rückzahlungsversprechers, das größte Interesse. Eine

Abtretung ist also nicht möglich.

(Bei entsprechender Parteivereinbarung wäre natürlich auch hier Abtretung möglich.)

Daß eine Abtretung in der angeführten Art unmöglich ist, hat auch noch niemand bezweifelt[45]). Nur wurde schon bald daran gedacht, ob nicht eine Abtretung derart möglich sei, daß die Vertragsparteien dieselben blieben und somit der Zedent der Rückzahlungsschuldner sei. Es wurde hier daran gedacht, daß ja in Erfüllung des Vorvertrages auch die Geldzahlung eine Rolle spielt und daß schließlich der Anspruch auf die Geldzahlung, wie jeder andere Anspruch auf Geldzahlung, der Abtretung fähig sei, ohne daß an dem Schuldverhältnis, dem der Anspruch entspringt, weiter etwas geändert würde. Hiebei ist aber immer zu berücksichtigen, daß beiderseits Abschluß des Realvertrages geschuldet ist, daß also ein nackter Anspruch auf die Summe gar nicht besteht. Der aus dem Vorvertrag zur Hingabe Verpflichtete schuldet eine Geldsumme und Abgabe der Vertragsschlußwillenserklärung (Zweckvereinbarungserklärung). Und der andere Vertragsteil schuldet auch noch etwas, nämlich auch die Abgabe der Vertragsschlußwillenserklärung (Zweckvereinbarungserklärung). Erst dann ist das reale Darlehen geschlossen. Die Rechtslage ist also eine ganz andere als bei einer Verpflichtung zur Zahlung einer Geldsumme schlechthin. Da keine Geldsumme schlechthin geschuldet wird, kann auch keine abgetreten werden. Wer dies dennoch verneinen sollte, müßte sich darüber klar sein, daß bei Zahlung an den Zessionar noch kein reales Darlehen begründet ist, sondern daß erst noch der Zedent und sein Vorvertragspartner die Zweckvereinbarung treffen müssen. Wie ist es aber dann, wenn der Zedent die geschuldeten Willenserklärungen nicht abgibt? Dann ist zweifelsohne kein Darlehensvertrag zustande gekommen! Der Leistende wollte aber doch nur zur Begründung eines Darlehensvertrages, zur Erwerbung des Rückforderungsanspruches zahlen. Ist ihm gedient, wenn er jetzt u. U. einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Zessionar hat, gegen den er gar keinen Anspruch haben wollte? Und was ist, wenn die Bereicherung weggefallen ist? Sind

45) S. Schey S. 39; Regelsberger in End. S. 420 A. 17; Siber S. 248; Gierke S. 200 A. 97, S. 577 A. 53; Eck-Leonhard S. 507; Wüstendörfer S. 236; Crome S. 168 A. 24; S. 598; Kreß I S. 97, 502; Kreß II S. 148 A. 24; Boehmer S. 329; Sternberg S. 395 f. Blum S. 54; RG 32/365 ff., 66/359, 68/356 f., RG in Gruchot Bd. 53 S. 838, OAG Oldenburg in Seuff.A. Bd. 19 Nr. 35, OLG Hamburg in Seuff.A. Bd. 53 Nr. 99, OLG Braunschweig in Recht 1907 S. 126; Schollmeyer § 399 A. 3, RGR § 610 Erl. 2; Planck § 399/1 c, Vorb. V 1 zu § 607; Oertmann § 399/1 a δ, § 610/1 β.

seine Rechte genügend gewahrt, wenn er sich durch Klage und rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO das Rückforderungsrecht gegen den Zedenten verschaffen kann? Er hätte da vorleisten müssen und sich seinen Anspruch erst im Wege der Klage verschaffen müssen!

Haben die Vorvertragsparteien die Zweckvereinbarung bereits getroffen, dann fehlt zum Abschluß des realen Darlehens nur noch die Geldleistung. Das Geschäft entsteht hier „sukzessiv und wird erst durch die Hingabe vollendet" (Enneccerus § 362 II A. 2). Dann ist allerdings die Schuld des Versprechenden eine reine Geldschuld und somit Abtretung möglich[46]). Uneingeschränkt gilt aber auch das nur, wenn die Zweckvereinbarung unwiderruflich getroffen ist, denn andernfalls kann der Darleiher dem Zessionar gegenüber einwenden (§ 404 BGB), die Zweckvereinbarung habe zur Zeit der Abtretung der Forderung nicht mehr bestanden und es sei daher keine reine Geldsumme, sondern der Abschluß eines Vertrages geschuldet gewesen, die Abtretung also nicht wirksam geworden.

Mit der Zeit trat das Bestreben, die Unmöglichkeit der Abtretung zu beseitigen, immer stärker hervor. Die Aufgabe war nicht leicht! Auf geradem Wege konnte sie nicht gelöst werden, also mußten die Register juristischer Konstruktionen gezogen werden! Denn das war für viele klar: Auf der einen Seite verlangte der rasche, moderne Verkehr die Abtretbarkeit des Geldanspruchs aus dem Versprechen, auf der andern Seite wollte man aber unbedingt am Realkontrakt festhalten. Man mußte daher mit der richtigen Anschauung brechen, an der man bisher festgehalten hatte — (OAG Oldenburg in Seuff.A. Bd. 19 Nr. 35, RG 32/365 ff, OLG Hamburg in Seuff.A. Bd. 53 Nr. 99, RG 52/306 u. a.) —, daß es beim Vorvertrag keinen von der Zweckvereinbarung losgelösten Anspruch auf die Geldsumme gibt. Noch in Bd. 66 Nr. 86 hat es das Reichsgericht für zweifelhaft angesehen, ob der bloße Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta als nacktes Recht auf die Summenzahlung, abgelöst von der Eigenschaft der Geldzahlung als Leistung credendi causa, abgetreten werden könne, sodaß der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen träte[47]).

Die große Wandlung beginnt mit der Entscheidung des Reichsgerichts in Band 68 S. 355 ff. Bei dieser Entscheidung fühlt man deutlich, wie das Gericht auf alle Fälle zur Möglichkeit der Abtretung zu kommen sucht. So spricht es davon, in der oben angeführten Ent-

46) Dies wird richtig erkannt in Planck § 399/1 c; Kreß I S. 502; Sternberg S. 397; Siber S. 249. Auch dem OLG Kassel (Urteil v. 25. Okt. 1906 in Mugdan-Falkmann 14/184) dürfte das vorschweben, weil nur dann durch die Zahlung an den neuen Gläubiger der Versprechensempfänger Darlehensschuldner wird". Ebenso Eck-Leonhard S. 507.

47) Die Ansicht, eine solche Abtretung sei bei Vereinbarung der Parteien möglich, ist selbstverständlich richtig. Dann kommt das eben darauf hinaus, daß die Parteien die Zweckvereinbarung da schon treffen, somit also nur noch die Geldzahlungspflicht übrig bleibt. Vgl. Kreß I S. 502.

scheidung in Band 66 sei Gegenstand der Zweifelsfrage die Abtretung des Anspruches auf Abschluß eines Darlehensvertrages im ganzen gewesen, verschweigt aber, daß die Abtretungsmöglichkeit im anderen Sinne für zweifelhaft erachtet worden ist. Ferner spricht es davon, eine ähnliche Entscheidung sei schon nach dem früheren rhein. Recht vom Reichsgericht in Band 32 S. 365 ff getroffen worden. In Wahrheit hat das Reichsgericht in jener Entscheidung ausdrücklich erklärt, ein Anspruch des Zessionars dahin, daß er lediglich ein eigenes Recht auf Auszahlung der Summe, der Zedent dagegen die Verpflichtung zur Rückzahlung habe, könne nicht durch die Zession des Anspruchs aus einem bloßen Versprechen der Gewährung eines Darlehens an den Zedenten erworben werden, weil der Zedent selbst ein solches Recht nicht habe. Die Abtretung hat es vielmehr nur für den Konsensualvertrag zugelassen. In einem Urteil vom 19. Dezember 1896 (RG 38/311) ließ das Reichsgericht zwar die Abtretung von Baugeldforderungen ohne eingehende Begründung zu. Das läßt aber die Vermutung der richtigen Vorstellung über ein konsensuales Darlehen zu und nicht die Vermutung für die Ansicht, der Anspruch aus dem Vorvertrag könne abgetreten werden, da obige Entscheidung in Band 32 im Zusammenhang mit der Abtretung erwähnt ist. Die Entscheidung des RG in Band 60/21 ff — wo die Abtretung für zulässig erklärt wurde — muß bei der Untersuchung ausscheiden, weil dort der Versprecher mit der Abtretung einverstanden war.

Das Reichsgericht führt in Band 68 immerhin aus: „Allerdings ist es richtig, daß der zukünftige Darlehensschuldner keinen Anspruch auf eine bestimmte Geldzahlung schlechthin abtreten kann, weil er einen solchen gar nicht hat". (!) Dann fährt es jedoch weiter: „Er hat aber den Anspruch auf Zahlung der bestimmten Geldsumme mit der Wirkung, daß er dafür Darlehensschuldner des Zahlenden werde, und weshalb er diesen Anspruch nicht sollte abtreten können, ist nicht abzusehen"! Einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme mit dieser Wirkung gibt es aber nicht. Die Zahlung einer Geldsumme kann nie diese Wirkung haben, solange die Zweckvereinbarung nicht getroffen ist. Die Zweckvereinbarung erst gibt der Leistung diese Wirkung. Und die Zweckvereinbarung kann nur zwischen Darleiher und Zedent vereinbart werden — (wobei sich natürlich der eine Teil oder alle Teile durch Dritte vertreten lassen können) —, wenn der Zedent der Rückzahlungsverpflichtete sein soll. Darüber kann man auf gar keinen Fall hinwegkommen! Das Reichsgericht hilft sich da weiter wie folgt: „In einer solchen Abtretung ist immer zugleich die Ermächtigung des Zessionars enthalten, die Auszahlung des Geldes für den Zedenten als den zukünftigen Darlehensschuldner entgegenzunehmen". Die einer Vollmacht zur Abgabe von Willenserklärungen fast gleichkommende Ermächtigung derart, daß der Ermächtigte die Zweckvereinbarung im eigenen Namen aber zum Zwecke der Bindung des Er-

mächtigenden, der also Rückzahlungsschuldner wird, trifft, ist allerdings möglich. Jedoch liegt dann eben eine Ermächtigung zur Entgegennahme des Geldes und keine Abtretung vor[48]). Damit ist aber das Problem auch noch nicht gelöst. Es wäre dann bei jeder „Abtretung" zu untersuchen, ob nicht gem. §§ 133 oder 140 BGB eine Ermächtigung anzunehmen ist. Diese Frage wird nicht immer ohne weiteres bejaht werden können. In den Fällen, in denen man sie bejaht, ist zu berücksichtigen, daß die Ermächtigung lange kein so ausgebautes und klares Rechtsinstitut wie die Abtretung darstellt. Der Darleiher ist bei der „Ermächtigung", die im Zusammenhang mit der Anweisung genannt wird[49]), auch nicht verpflichtet, an den Ermächtigten zu leisten, solange er die Anweisung nicht angenommen hat (§§ 783, 784, 787 II BGB). Bei der Ermächtigung nach den §§ 185, 362 II BGB ist es in gewissem Umfang ähnlich. So ist für die Klagestellung des Nichtgläubigers ein besonderes Rechtsschutzinteresse erforderlich[50]). Auf alle Fälle ist die Rechtsstellung des Ermächtigten geringer als die des Zessionars, da der Ermächtigende sich seines Rechtes nicht begibt[51]).

Das Reichsgericht möchte eben das Darlehensversprechen in seinen Auswirkungen als konsensuales Darlehen behandeln, andererseits jedoch am Realvertrag festhalten. Es versucht: „Die alte Konstruktion, als sei das Darlehen ein Realvertrag ... durch scholastische Spitzfindigkeiten zu retten" (Wüstendörfer S. 236).

Planck sucht (§ 399/1 c) die Wirkung der Abtretung aufrecht zu erhalten, indem er erklärt, die Abtretungsvereinbarung „wird daher neben der Abtretung des Anspruchs auf die Darlehensvaluta eine unwiderrufliche Vollmacht an den Zessionar zur Geltendmachung des Anspruchs auf den Darlehenskonsens des Versprechers und zur Erklärung des Darlehenskonsenses im Namen des Zedenten in sich schließen". An eine solche unwiderrufliche Vollmacht werden die Parteien bei der Abtretung selten denken. Sie kann ihnen auch nicht im Wege des § 133

48) Daß das Reichsgericht in der Tat selbst eine Ermächtigung und keine Abtretung annimmt, geht daraus hervor, daß es dem „Zedenten" das Recht gibt, auf Zahlung der Valuta an den Zessionar zu klagen (RG 77/407 f.). Aber nur bei der Ermächtigung bleibt das Verfügungsrecht beim Gläubiger. Bei Annahme einer wirklichen Abtretung wäre die Stellungnahme des Reichsgerichts unverständlich. S. auch Kreß I S. 502 A. 15; Planck § 399/1 c.

49) Was hier Ermächtigung genannt wird, ist etwas anderes als die Ermächtigung nach § 185 BGB, wo der Ermächtigte die Zweckvereinbarung mit dem Schuldner des Ermächtigenden im eigenen Namen trifft. Bei der Anweisung ist das Verhältnis zwischen dem Schuldner des Anweisenden (Angewiesenen) und dem Anweisungsempfänger abstrakt. Die Zweckvereinbarung wird zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger getroffen. Über die Wirkungen der Anweisung s. weiter unten.

50) Vgl. Kreß I S. 518 A. 88, RG 91/397. Mit Fug weist das RG darauf hin, daß in den Fällen des mangelnden Rechtsschutzinteresses die Abtretung (auch die fiduziarische Inkassozession) die gegebene Rechtseinrichtung ist.

51) Vgl. Kreß I S. 518 ff.; Enneccerus § 303 IV 2.

BGB oder gar des § 140 BGB unterschoben werden; denn diese Paragraphen sind nicht dazu da, Rechtsgeschäfte zum Entstehen zu bringen, die nicht erklärt sind und an die auch nicht gedacht worden ist. Sollte aber diese unwiderrufliche Vollmacht einmal erteilt sein, dann kommt die Rechtsstellung des Dritten der eines Zessionars nahe, da er Zahlung an sich verlangen kann. Jedoch liegt auch hier, wie Planck selbst sagt, keine „bloße Abtretung des Anspruchs auf die Valuta" vor. Denn der Zessionar muß bei oder vor der Auszahlung im Namen des Zedenten (§ 164 BGB) die Zweckvereinbarungserklärung abgeben und die entsprechende des Darleihers entgegennehmen. Dieser schuldet also auch hier keine reine Geldsumme, sondern mit ihr die Abgabe einer Willenserklärung[52]).

Mit dem rechtlich unhaltbaren Urteil des Reichsgericht in Band 68 war der Bann für viele gebrochen. Die Abtretung wurde z. B. für möglich erachtet: RG in JW 1908/S. 676 (und in Warneyer 1909/S. 14 f), in Gruchot 53/S. 838, in JW 1910/S. 747 Nr. 3, RG 77/407 f, Staudinger § 399 I 1 b, Enneccerus § 302 III 1 a, § 364 I 1, Sternberg S. 397[53]).

Für die Anhänger des Konsensualkontrakts ist das Nichtbestehen eines losgelösten Anspruchs auf die Geldsumme beim Vorvertrag selbstverständlich[54]). Sie bedürfen ja auch einer solchen Rechtsbiegung nicht. Aber auch bei den Realkontraktsanhängern gibt es außer den oben angeführten manche, die dies richtig erkennen[55]). Sie suchen dann das wirtschaftliche Ergebnis auf dem Wege der Anweisung oder auch der Einziehungersmächtigung oder der unwiderruflichen Vollmacht zur Einziehung zu erreichen[56]). Das Bestreben ist anerkennenswert, führt auch manchmal zum Ziel, ist aber n i e rechtlich eine A b t r e t u n g und meistens ein schlechter Ersatz. Bei der Anweisung ist stets zu bedenken, daß der Angewiesene dem Anweisungsempfänger gegenüber erst nach Annahme der Anweisung zur Leistung verpflichtet ist (§ 784 I BGB) und daß er nicht schon deshalb, weil er Schuldner des Anweisen-

---

52) Das ist wieder bei der Pfändung und Aufrechnung von Bedeutung. S. unten II B, C.

53) Daß Sternberg die Abtretung zuläßt, muß verwundern, wenn er ausführt, es „ muß zur Hingabe des Geldes an den Zessionar des Baugeldnehmers die Vereinbarung des Baugeldgebers mit dem ursprünglichen Baugeldnehmer über die Begründung des Darlehens hinzutreten, um das Darlehen . . . zustande zu bringen". Hier hätte erkannt werden müssen, daß erst n a c h getroffener Zweckvereinbarung eine Abtretung möglich ist.

54) Vgl. Kreß II S. 148 A. 24.

55) So z. B. Gierke S. 200 A. 97; Blum S. 54; Crome S. 168 A. 24; Oertmann § 399/1a. ξ

56) So außer Planck a. a. O. und den anderen Angeführten noch: Planck Vorb. V 1 zu § 607, RGR § 610 Erl. 2; Regelsberger S. 418; Blum S. 54; Schollmeyer § 399/5; Siber S. 248; Dernburg S. 243; Oertmann § 399/1a ξ und 1a β Vgl. hiezu auch Kohler im Arch.Bürg.R. Band 33 S. 16 f. und Kreß II S. 148 A. 24.

den ist, zur Annahme der Anweisung oder zur Leistung an den Anweisungsempfänger verpflichtet ist (§ 787 Abs. II BGB).

B.

Pfändung.

a)

Der Konsensualvertrag.

Der Anspruch auf die Geldsumme ist abtretbar und somit nach § 851 ZPO

pfändbar.

Das Ergebnis ist billig und unbestritten[57]). Denn wenn jemand einem andern Kredit gibt, ohne die schlechte Finanzlage des Leihers zu kennen oder trotz Kenntnis derselben, dann weiß er eben auch, daß der Kredit zur Deckung von Schulden entweder verwendet wird oder hiezu verwendet werden kann. Es ist seine Sache, wenn er vertraut, der Leiher werde die Schuld zu gegebener Zeit zurückzahlen. Und es bedeutet keine Sonderheit im Rechtsleben, wenn die (mit dem geliehenen Gelde) zu befriedigenden Gläubiger durch die Rechtsordnung in der Zwangsvollstreckung und nicht durch den Willen des Schuldners bestimmt werden. Man kann nicht einsehen, warum dies beim Darlehen anders sein sollte. Einen für einen geordneten Rechtsverkehr ausreichenden Schutz bietet für den Darleiher der § 610 BGB. Selbstverständlich kann eine Pfändung nicht zugelassen werden in Fällen, in denen sich der Entleiher noch gar nicht gebunden hat (pactum de mutuo dando[58]). Aber in diesen Fällen ist ja auch entweder noch gar kein Anspruch oder ein vom Willen des Entleihers abhängiger (bedingter) Anspruch auf die Geldsumme entstanden oder der Entleiher hat sich den jederzeitigen Rücktritt vorbehalten. Im letzten Fall kann der Rücktritt gemäß § 353 noch nach der Pfändung ausgeführt werden.

b)

Der Vorvertrag.

Die Forderung geht nicht auf Zahlung einer Geldsumme schlechthin, sondern auf Abschluß eines Realkontrakts. Sie ist somit nicht abtretbar und daher auch

57) RG in JW 02/143; Lübbert S. 379; Hohenstein S. 40; Kohler im Arch. Bürg. R. Band 2, S. 237 und in Band 33 S. 18; Siber S. 249; Kreß I S. 97 A. 38, II S. 149.

58) S. Beispiel in Siber S. 248.

nicht pfändbar (§ 851 ZPO)[59]).

Die Unpfändbarkeit hat einen tieferen Grund auch darin, daß der Entleiher die Abgabe einer Willenserklärung (Zweckvereinbarungserklärung) schuldet und der Darleiher Zahlung und Abgabe seiner Willenserklärung nur gegen Abgabe jener Erklärung schuldet. Zur Abgabe der Willenserklärung aber kann der Entleiher seitens des Pfändenden nicht getrieben werden, denn diesem schuldet er sie nicht.

Wenn die Darlehenszweckvereinbarung bereits getroffen ist, schuldet der Versprechende nur noch eine Geldsumme. Diese ist dann abtretbar und somit auch

pfändbar[60]).

Ist der Entleiher mit der Pfändung einverstanden, dann ist diese Willenserklärung als Abgabe der Zweckvereinbarungserklärung anzusehen, da er hiermit erklären will, er sei trotz der Pfändung der Rückzahlungsschuldner. Die Schuld des Versprechers ist dann aber immer noch keine reine Geldschuld, sondern Geldschuld plus Abgabe der Zweckvereinbarungserklärung. Erst bei Erfüllung dieser Schuld ist das Darlehen entstanden. Da dem Pfändenden die Abgabe dieser Willenserklärung nicht geschuldet ist und da der losgelöste Anspruch auf diese Willenserklärung nach § 399 BGB nicht abtretbar und daher nicht pfändbar ist, hat der Pfändende keine Möglichkeit, den Anspruch auf diese Willenserklärung zu pfänden. Nur der Versprechensempfänger könnte sich die Willenserklärung nach § 894 ZPO verschaffen. Also ist auch in diesem Falle eine Pfändung unmöglich. Das Ergebnis ist offensichtlich unbillig, kann aber beim Festhalten am Vorvertrag nicht anders sein. Offenbar im Interesse billiger Ergebnisse läßt das OLG Kassel (Urt. v. 25. Okt. 1906 in Mugdan-Falkmann 14/184) nur die gegen den Willen des Versprechensempfängers erfolgende Pfändung nicht zu. Auch Kiefe (in seiner Schrift gegen Stepp in JW 1911/S. 926 ff) dürfte nur im Interesse praktischer Ergebnisse die Pfändung zulassen. Vom Standpunkt des konsensualen Darlehens aus hätte er dies leicht. Bei den Worten: „Der geschuldete Gegenstand ist aber auch bei der Baugeldforderung ganz unbestreitbar Geld, also ... der Pfändung in hervorragendem Maße unterworfen", könnte man glauben, er habe ein solches im Auge. Jedoch der Hinweis auf § 851 II ZPO zeigt das Gegenteil. Mit obigem Satz, der allen Schwierigkeiten aus dem Wege geht, sucht er über das Problem hinwegzukommen. Wahrlich, ein schlechtes Zeichen für die Brauchbarkeit des lebensfremden Vorvertrages! Nicht minder schlecht wirkt Regelsberger mit der Behauptung (S. 419), in dem-

59) Richtig fühlt dies auch Stepp in JW 1911 S. 746 für die Baugeldforderung, wenn er ausführt, die Pfändbarkeit sei ausgeschlossen, denn den „Gegenstand der Baugeldforderung bildet nämlich nicht die Geldzahlung schlechthin, sondern die Geldzahlung als forderungsbegründender Akt". Unpfändbarkeit nehmen richtig an: Gierke S. 200 A. 97; Siber S. 248; Kreß I S. 97 A. 38; RGR § 610 Erl. 2; Enneccerus § 364 I 1, Boehmer S. 329 u. a.

60) Ebenso Siber S. 249, Planck § 399/1c.

selben Sinne und Umfang wie der Abtretung sei die Forderung des Entleihers der Pfändung zugänglich, wenn er vorher (S. 418) noch richtig erkennt, daß die Abtretung in Wahrheit gar keine Abtretung sei, sondern „im Grunde nur eine festgelegte Anweisung" enthalte. Fälschlich läßt Stein-Jonas (§ 851 III) die Pfändung zu und zwar in Anlehnung an die Reichsgerichtsentscheidung in Band 68 S. 355. Hier ist nicht richtig erkannt, daß es sich dort in Wahrheit gar nicht um eine Abtretung handelt.

Die Pfändbarkeit des Anspruchs aus einem Baugeldvertrag, die Sydow-Busch in beschränktem Maße ohne Eingehen auf die Streitfrage zuläßt (§ 851 A. 3), ergibt sich nur bei Annahme eines konsensualen Darlehens.

C.

Verpfändung.

Ein aus einem Versprechensvertrage Berechtigter kann seine Forderung genau so verpfänden wie jede andere Forderung (§ 1273 BGB). Es gibt sicher Fälle, in denen diese Möglichkeit von wirtschaftlicher Bedeutung ist. Man denke nur daran, es sei jemand bindend auf den 1. V. ein sicheres Darlehen zugesagt, er benötige das Geld aber schon am 1. 2. und wolle es sich durch Verpfändung des Anspruchs auf das Darlehen verschaffen. Bei einem Darlehensvorvertrag ginge der Anspruch auf Abschluß eines Realkontrakt, wäre somit nicht übertragbar und könne deshalb auch nicht verpfändet werden (§ 1274 Abs. 2 BGB)[61]).

D.

Aufrechnung.

a)

Der Konsensualvertrag.

Hat der Darleiher aus irgendeinem Rechtsgrunde eine Geldforderung gegen den Entleiher, dann sind beide Forderungen gleichartig. Der Gegenstand der Leistungen ist Geld, sonst nichts. Daher kann gemäß § 387 BGB jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils

aufrechnen[62]).

Natürlich können die Parteien vereinbaren, die Aufrechnung solle dem einen Teil untersagt sein. Dies muß nicht ausdrücklich erwähnt

61) Dies erkennt Boehmer S. 329.
62) S. Lübbert S. 376; Kreß II S. 149; Enneccerus § 362 II A. 2.

sein. So kann sich aus den Umständen des Einzelfalles[63]), manchmal auch aus der Auslegungsvorschrift des § 391 II BGB ergeben, daß der Darleiher tatsächlich Geld übergeben soll und sich davon nicht durch Aufrechnung befreien darf. Dem Darleiher aber immer die Aufrechnung zu untersagen[64]), ist falsch und ergibt sich nicht aus dem wirtschaftlichen oder sonstigen Zweck des Darlehens. Man denke nur an die Fälle, in denen (z. B. eine Kaufpreisschuld) die Schuld des Entleihers nach der des Darleihers entstanden ist.

b)

Der Vorvertrag.

Die eine Seite schuldet Geld, die andere den Abschluß eines Vertrages, die beiden Leistungen sind dem Gegenstande nach nicht gleichartig. Eine Aufrechnung kann somit von keiner Seite in Frage kommen[65]). Es heißt dem Recht Gewalt antun, wenn man, wohl in der Erwägung, es könne selten etwas dem Willen der Parteien Entgegenstehendes eintreten, falls lediglich der Darlehensnehmer aufrechne, bei diesem die Aufrechnung zuläßt, dabei sich aber nicht zum Versprechensvertrag bekennt, sondern über die klaren Bestimmungen des § 387 BGB hinwegsieht[66]) [67]). Eine Aufrechnung ist nur dann möglich, wenn die Darlehenszweckvereinbarung getroffen ist, weil auch dann die Forderung aus dem Vorvertrag nur mehr eine reine Geldforderung ist. Dann ist jedoch eine Aufrechnung von beiden Teilen möglich.

E.

Holschuld oder Schickschuld?

a)

Der Konsensualvertrag.

Grundsätzlich hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen

63) Z. B. Wenn das Darlehen gegen Bestellung einer Hypothek zugesagt ist, RG 56/236.

64) Wie es Kohler (§ 128 IV, Arch. Bürg. R. Bd. 2 S. 235, Bd. 33 S. 14 f.) und Hohenstein (S. 41) tun.

65) So auch RG 50/303, 52/306, OLG Kiel in Seuff. A. Bd. 63 S. 12 ff.; Blum S. 52; wohl auch Crome S. 168 A. 24, S. 598 A. 34 und Gierke S. 577 A. 53, obwohl da nur von der Aufrechnung gegen die Forderung aus dem Darlehensversprechen die Rede ist.

66) Enneccerus § 362 II A. 2, § 364 I 2; Oertmann § 387/1 b; Regelsberger S. 415 ff.; Planck § 387/1 c Abs. 2, Vorb. V 1 zu § 607. — Auch das RG läßt in einem Urteil vom 10. 6. 1929 (abgedr. in JW 1929/2705) den aus dem „Vorvertrag" berechtigten Darlehensnehmer aufrechnen.

67) Besonders schlecht wirkt die Zulassung der Aufrechnung beim Vorvertrag,

Wohnsitz hatte (§ 269 BGB) Leistungsort und Erfüllungsort ist also der Wohnsitz des Schuldners. Die Schulden sind Holschulden. Für Geld besteht die bedeutsame Ausnahme, daß es der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat (§ 270 I BGB). Der Leistungsort bleibt unberührt (§ 270 Abs. 4), jedoch tritt die Erfüllung erst am Wohnsitz des Gläubigers ein. Geldschulden sind somit Schickschulden. Ob der Schuldner das Geld „bringt" oder „schickt" ist gleich. Es bleibt ihm überlassen, wie er es übermittelt. Häufig (z. B. Heck S. 23 f) wird der Erfüllungsort dem Leistungsort gleichgesetzt. Dies ist nicht genau. Man käme dann zu dem Ergebnis, daß bei Geldschulden auch der Erfüllungsort am Wohnsitz des Schuldners ist. An der Natur der Geldschuld als Schickschuld wird dadurch nichts geändert.

Dem Darlehensversprechen entspringt eine reine Geldschuld. Also ist das Geld vom Schuldner zu übermitteln: Erfüllungsort ist der Wohnsitz des Gläubigers. Die Schuld ist eine

Schickschuld[68]).

Freilich ist die Bestimmung im § 270 BGB nachgiebiges Recht. Die Parteien können etwas anderes vereinbaren. Kohler geht aber sicher zu weit, wenn er meint[69]), der Wille der Vertragschließenden sei grundsätzlich im Sinne einer Holschuld auszulegen. Schon die Voraussetzung: „Das Verhältnis zwischen dem Geldbenötigenden und demienigen, der ihm die Geldmittel erschließt, ist und bleibt das Verhältnis des Suchenden zum Gewährenden", stimmt für die heutige Zeit, in der auch manchmal Kreditgeber auf der Suche sind, nicht mehr ausnahmslos.

b)

Der Vorvertrag.

Geschuldet ist keine Geldschuld, sondern der Abschluß eines Vertrages. Dieser entsteht durch Geldzahlung und Abgabe der Zweckvereinbarungserklärung auf der einen und Abgabe der Zweckvereinbarungserklärung auf der anderen Seite. Alle drei Tatsachen zusammen bilden eine Einheit. Hier kann daher der für Geldschulden bestehende Grundsatz nicht gelten. Die Schuld ist eine reine

Holschuld[70]).

---

wenn die mangelnde Gleichartigkeit der Leistung, wie z. B. bei Planck, klar erkannt wird (vgl. Planck Vorb. V 1 zu § 607).

68) So auch Leonhard S. 59; Hohenstein S. 93.

69) Arch. Bürg. R. Bd. 33 S. 20, Ges. A. S. 46.

70) Vgl. Oertmann § 610 A 1 γ, Planck Vorb. V zu § 607, § 607/5 b α; RGR § 610 Erl. 1; Regelsberger S. 415; Enneccerus § 364 I 3. Planck (§ 270/5) läßt selbst dann, wenn sich aus dem Vertragsinhalt eine Schickschuld ergäbe, nicht die vollen Wirkungen des § 270 BGB zu. Er läßt den zufälligen Verlust den Absender tragen, befreit ihn aber von seiner Leistungspflicht.

Es ist eine Anlehnung an den Konsensualvertrag, wenn Cosack[71]) auch hier — wenigstens für das entgeltliche Darlehen — den § 270 BGB anwenden will.

Ist die Zweckvereinbarung bereits getroffen, bleibt also nur noch eine Geldschuld übrig, dann ist auch hier die Schuld eine Schickschuld.

F.

Mäklerlohn.

Weist ein Mäkler die Gelegenheit zum Abschluß eines Darlehensvertrages nach oder vermittelt er einen solchen, dann ist der Mäklerlohn erst geschuldet, wenn der Darlehensvertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist (§ 652 BGB). Auch hier ist die Frage, wann der Darlehensvertrag geschlossen ist, von Bedeutung. Freilich wird sich in der Regel aus richtiger Auslegung der Parteivereinbarung ergeben, ob der Mäklerlohn erst bei der Hingabe des Geldes oder schon bei der Abgabe und Annahme des Versprechens der Geldhingabe geschuldet sein soll und ob es hier darauf ankommen soll, ob ein Vorvertrag oder ein Versprechensvertrag gegeben ist[72]). Allein, der Wille der Parteien kann lückenhaft sein! Dann ist eben der Mäklerlohn gemäß § 652 BGB im Zeitpunkt des Entstehens des Darlehensvertrages geschuldet. Nach der Konsensualkontraktstheorie[73]) ist der Mäklerlohn schon bei der Annahme des bindenden Darlehenshingabeversprechens, nach der Realkontraktstheorie[74]) erst bei der Hingabe des Geldes geschuldet.

G.

Urkundenprozeß. Vollstreckbare Urkunde. Klagestellung.

Nach § 592 ZPO kann ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat, im Urkundenprozeß geltend gemacht werden. Aus einer über einen solchen Gegenstand errichteten Urkunde findet, wenn die Voraussetzungen des § 794 Abs. 1 Z. 5 vorliegen, die Zwangsvollstreckung statt.

Aus dem Vorvertrag ist der Abschluß eines Realvertrages geschuldet, also etwas anderes als eine bestimmte Geldsumme oder eine vertretbare Sache[75]).

---

71) In der 5. Auflage § 142 IV 3 a.

72) So ist z. B. nach dem Parteiwillen die Provision schon fällig bei Abschluß des Vorvertrages: U. d. KG v. 9. Nov. 1932 (abgedr. Leipz. Z. 1933/58 f.). Fraglich ist hier allerdings, ob die Parteien nicht den Versprechungsvertrag im Auge hatten, das KG aber ohne weiteres einen Vorvertrag annahm.

73) Richtig Reichel S. 20; Boehmer S. 332.

74) Vgl. Reichel S. 17; RG 39/232; Cosack § 204 III.

75) Solange die Zweckvereinbarung nicht getroffen ist.

Beim Vorvertrag kann nicht im Urkundenprozeß geklagt werden. Die Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde ist nicht möglich.

Beim Konsensualvertrag ist ein Urkundenprozeß und die Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde ohne weiteres möglich[76]).

Ob die Anhänger des Realkontraktes diese rechtlich unbedingt gegebenen Folgen tatsächlich ziehen, mag dahinstehen. Eine Stellungnahme zu diesen Problemen ist bei ihnen nicht zu finden. Wahrscheinlich werden sie — wie bei der Klagestellung — im Interesse der Einfachheit, Klarheit und der Bedürfnisse des Verkehrs das angenommene Hingabeversprechen als Konsensualvertrag behandeln, jedoch am Vorvertrag hängen bleiben. — Beim Vorvertrag ist erst nach getroffener Zweckvereinbarung eine reine Geldschuld vorhanden. Also müßte vorher mit der Klage auf die Geldzahlung auch auf Abgabe einer Willenserklärung, (Zug um Zug gegen Abgabe einer Willenserklärung), also auf Abschluß eines Vertrages geklagt werden[77]). Erst nachdem die Willenserklärung als abgegeben gilt, ist die Geldforderung geschuldet. Es müßte da, bevor eine zwangsweise Beitreibung der Geldforderung in Frage kommen könnte, immer erst die Rechtskraft des Urteils abgewartet werden, weil erst nach der Rechtskraft des Urteils die Willenserklärung gemäß § 894 ZPO als abgegeben gilt. Eine vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung hat hier nicht etwa die Wirkung, die Willenserklärung gelte als vorläufig abgegeben[78]).

Aus Gründen der Einfachheit klagen viele Anhänger des Vorvertrages[79]) — ohne sonderliche Zweifel — nur auf die Geldsumme[80]). Beim Konsensualvertrag kann von vornherein nur auf die Geldsumme geklagt werden.

H.

Leistung durch Dritte.

Da beim konsensualen Darlehen eine reine Geldschuld besteht, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken (§ 267 BGB). Der Vertrag

76) Bezüglich der vollst. Urk. richtig Kohler Arch. Bürg. R. Bd. 33 S. 8 f.; Boehmer S. 332.

77) Richtig Boehmer S 332; Schloßmann S. 84; Stintzing S. 24. Dies hat schon bei Vorverträgen im gemeinen Recht Bechmann erkannt (Bechmann II S. 271 f.).

78) S. hierzu § 895 ZPO; Stein-Jonas § 894 I 4; Sydow-Busch § 894/3.

79) Vgl. Boehmer S. 332; Staudinger Vorb. 8 zu § 145. Die richtige Klagebitte stellt Regelsberger in End. S. 419. Auch Crome (§167 III), der Zwangsvollstreckung auf „Abschluß des Hauptvertrages" zuläßt, und Dernburg (S. 241) dürften die richtigen Vorstellungen haben. Die Begründung Staudingers, der Berechtigte könne sofort „auf Leistung klagen" und brauche nicht erst auf „Vertragsschluß" zu klagen, weil er die Verpflichtung des Vorverpflichteten zur Leistungsbereitschaft durch einfaches Verlangen in eine Leistungspflicht verwandeln könne, trifft den Kern der Sache in keiner Weise. Freilich muß der (auch nur bedingt) Vorverpflichtete sich zur Leistung bereit halten. Bei Eintritt der Bedin-

wird durch die Leistung des Dritten nicht weiter berührt. Der Anspruch auf Rückzahlung steht nur dem Hingabeversprecher zu.

Bei einem Vorvertrag kann der Dritte nur leisten, wenn er Vollmacht des Versprechers auf Abgabe der Zweckvereinbarungserklärung in dessen Namen hat[81]).

J.

Vererbung.

Bei einem Versprechensdarlehen kann die Vererblichkeit des Anspruches auf die Summe und der Pflicht zur Zahlung der Summe nicht bezweifelt werden.

Beim Vorvertrag wollen die Parteien erst einen Darlehensvertrag noch abschließen. Jeder hat grundsätzlich an der Person des anderen ein wesentliches Interesse[82]). In Fällen eines solchen Interesses an der Person des Gegners tritt keine Vererbung ein[83]). Rechte und gewöhnlich auch Pflichten aus dem Darlehensvorvertrag gehen nicht auf die Erben über[84]).

---

gung — dem Leistungbegehren des Berechtigten — muß er leisten. Die Leistungspflicht erstreckt sich aber doch auf die Schuld, also auf den „Vertragsabschluß".

80) Dieser Standpunkt führt auch dann nicht zu anderen Ergebnissen, wenn man die richtigen rechtlichen Vorstellungen hat, aber der Meinung ist — wie z. B. Blum S. 50 — „durch eine Klage auf Auszahlung der Darlehensvaluta wird die Leistung als Mitwirkung zum Vertragsabschluß begehrt". Man denkt da gewiß daran, daß die Klage auf Leistung der Geldsumme, die Klage auf Abgabe der nötigen Vertragserklärungen des Schuldners in sich schlösse und daß man durch die Klage — was richtig ist — seine eigene noch nötige Willenserklärung konkludent abgäbe. Es wäre dies dasselbe, was die Anhänger der Restutionstheorie (entgegen denen der Vertragstheorie) bei der Wandlung und Minderung nach § 465 BGB annehmen. Allerdings setzt man sich da über die Vorschrift des § 894 ZPO hinweg, wonach eben erst n a c h Rechtskraft des Urteils die Willenserklärung als abgegeben gilt. Man will eben — wie beim Konsensualvertrag — eine einfache Klagestellung und besonders die vorläufige Vollstreckbarkeit erreichen und sieht deshalb allzu großzügig über Rechtsvorschriften hinweg. Ein solches Vorgehen kann nicht unbedenklich sein! Richtig sieht Endemann (§ 106 A. 9) ein, der Klageantrag sei nicht auf Erfüllung einer Darlehensschuld, sondern auf Abschluß eines Darlehensvertrages abzustellen. Wie er sich aber die Klage auf „ Abschluß eines Darlehensvertrages durch Auszahlung der Darlehenssumme (credendi causa)" vorstellt, läßt er offen. Durch Klage auf die Summe allein kann er den Abschluß des Darlehensvertrages auf keinen Fall vor der Rechtskraft des Urteils erreichen.

81) Ähnlich Boehmer S. 331

82) Auch an der Person des Darleihers besteht unter Umständen dieses Interesse. Man denke nur daran, es sei keine Kündigungsfrist vereinbart und der Erblasser hätte unter Umständen das Darlehen erst nach Jahren gekündigt. Im übrigen will der Entleiher mit dem Darleiher und nicht mit dessen Erben einen Vertrag schließen.

83) Vgl. für Vorverträge Staudinger § 1922 IV 2 c α und Vorb. 8 zu § 145.

84) Vgl. insbesondere bezüglich des Entleihers Krahmer S. 19 und Eisele (dort angeführt), Kohler Arch.Bürg.R. Bd. 33 S. 9; Schey S. 39 A. 18 und bezüglich Entleiher und Darleiher Regelsberger in End. S. 420.